

1. Introducción

El art. 8 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante) señala que el personal laboral, en atención a la duración del contrato puede ser: indefinido, temporal o fijo. Este precepto recoge de manera confusa la doctrina sentada por la jurisprudencia de mediados de los años noventa del siglo pasado que intentó establecer un equilibrio entre la aplicación de la normativa laboral en casos de irregularidades en la contratación temporal y el respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública –arts. 14 y 23.2 CE– (entre otras, SSTS de 7 de octubre de 1996 –RJ 7497–, y de 20 y 21 de enero de 1998 –RJ 1000 y RJ 1138–; esta doctrina se ha mantenido y consolidado en numerosos pronunciamientos posteriores como puede verse, por ejemplo, en la STS de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–). Se instaló así en la Administración Pública la figura del *trabajador indefinido no fijo*, cuyo contrato inicialmente temporal devenía indefinido como sanción al empleador por cometer alguna irregularidad de la normativa laboral aunque permitía que el contrato se extinguiera al producirse la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario oportuno (esta circunstancia ha llevado también a considerarlos “indefinidamente temporales”). Se limitaba con ello, en cierta medida, la discrecionalidad de la empleadora pública sobre la continuación de la relación laboral y se canalizaba la extinción hacia el cumplimiento de una serie de requisitos que garantizaran, por un lado, el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y, por otro lado, el cumplimiento por parte del empleador público del mandato constitucional que exige que el acceso a la función pública se realice a través de un proceso de selección que evidencie el mérito y capacidad del trabajador¹. La existencia de esta figura se vio avalada, en el marco comunitario, en las SSTSJCE de 4 de julio de 2006 –TJCE 2006, 181, asunto Adelener, y de 23 de abril de 2009 –TJCE 2004, 94, asunto K. Angelidaki y otros²–.

2. Supuestos que permiten la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que ocurre en el sector privado, no todas las irregularidades en la contratación temporal pueden transformar el contrato en indefinido

¹ Señala la STSJ del País Vasco de 2 de diciembre de 2014 –AS 2015/342– que “las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. La Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que por el contrario está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales.

² Con anterioridad, STSJ de 7 de septiembre de 1996 –TJCE 1996, 229, asunto Vassallo y Marrosu.

no fijo, sino que es preciso para ello que se trate de irregularidades cualificadas (STS de 30 de mayo de 2007 –RJ 6113–); así, la falta de forma escrita (art. 8.2 ET y art. 11 EBEP), la continuidad en la prestación de servicios expirada la duración máxima del contrato temporal (art. 49 c ET), la ausencia del alta en Seguridad Social cuando haya transcurrido un período igual al del período de prueba (art. 15.2 ET) o los contratos celebrados en fraude de ley (art. 15.3 ET) transforman el contrato temporal en indefinido no fijo³.

Especial referencia debe hacerse del contrato para obra o servicio determinado en la Administración Pública pues como señala la Disposición Adicional 15ª del ET, éste presenta algunas particularidades que incidirán, en definitiva, en la conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos. Así, dispone la mencionada Disposición que la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado que señala el art. 15.1 a) del ET será también de aplicación en el marco de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos dependientes o vinculados a las mismas, es decir, que la duración será de tres años con posibilidad de ampliar el contrato doce meses más por convenio colectivo sectorial. El transcurso de dicho plazo máximo transforma el contrato temporal en indefinido no fijo. No obstante, se exceptúa de esta regla de indefinición a las modalidades contractuales contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en otras normas con rango de ley referidas a proyectos específicos de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

Pero es, sin duda, el fraude de ley en la contratación temporal la causa que mayoritariamente convierte en “indefinido no fijo” el contrato que inicialmente era temporal; la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 –AS 1121– considera que “el fraude de ley es, sin género de duda, una irregularidad patológica que aqueja al sistema de contratación laboral temporal” siendo claro que tal fraude acarrea el carácter indefinido del contrato con carácter *iuris et de iure*, sin admitir, por tanto, prueba en contrario. Al respecto debe recordarse que el fraude de ley “no implica siempre y en toda circunstancia una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*), sino la mera y simple constancia de que la situación legal contemplada no implica eventualidad alguna y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial” (STS de 21 de marzo de 2002 –RJ 3818–). Añade, además, la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 –AS 1121– que cuando se suceden contratos temporales sin causa justificativa de la temporalidad, la transgresión producida se transmite al resto de la cadena contractual temporal posterior aunque el último haya sido celebrado de forma correcta. Se produce así un efecto dominó provocado por un contrato abusivo y fraudulento sobre los posteriores, acarreando ello la conversión de la relación laboral temporal en indefinido no fijo, no perdiéndose dicho carácter ni por los finiquitos firmados por cese de dichos contratos ni por posibles nuevos contratos formalizados posteriormente (STS de 24 de abril de 2006 –RJ 3628–). Por otro lado, se considera fraudulenta en la Administración Pública la contratación temporal de trabajadores para realizar tareas permanentes y habituales pese a que su financiación se encuentre sometida a subvenciones temporales: STS de 1 de abril de 2009 –RJ 3247– y STSJ Andalucía de 10 de julio de 2014 –JUR 238340–, STSJ Madrid de 9 de enero de

³ Así, la STS 8 de abril 2009 –RJ 3248– advierte que no constituye una irregularidad cualificada, por ejemplo, el error sobre la concreta modalidad contractual temporal a utilizar.

2015 –JUR 40165– o STSJ Comunidad Valenciana de 29 de abril de 2014 –JUR 201449–, entre otras;

Asimismo, debe recordarse que en la Administración Pública también es posible alcanzar la condición de trabajador indefinido no fijo en otras tres circunstancias distintas:

-En primer lugar, cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente (entre otras, STSJ de Islas Canarias de 18 de diciembre de 2013 –AS 1176– y STSJ de Andalucía de 28 de mayo de 2014 –AS 1963–).

-En segundo lugar, en el supuesto de cesión ilegal de trabajadores (entre otras, STSJ de Madrid de 20 de junio de 2014 –AS 2020– y SSTSJ de Andalucía de 24 de abril y 6 de noviembre de 2014 –AS 1510 y 2015/422–); sobre este último supuesto añade la STSJ de Galicia de 29 de julio de 2014 –AS 1827– que el reconocimiento por sentencia de la condición de trabajador indefinido no fijo no obliga a la Administración Pública a la creación del puesto de trabajo ni, por tanto, a la modificación de la RPT pues considera que “si el trabajador es declarado laboral indefinido, lo normal es que se le adscriba a un puesto de trabajo vacante y sólo excepcionalmente, una vez modificada la relación de puestos de trabajo, la persona afectada será adscrita al puesto de nueva creación”. Se basa para ello en que “la consecuencia natural de una declaración de indefinición laboral no es la permanencia indefinida en esa situación, sino la posibilidad real de cubrir reglamentariamente esa plaza vacante por parte de la Administración afectada”).

-Y, en tercer lugar, cuando se encadenen dos o más contratos temporales, con o sin solución de continuidad, durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de referencia de 30 meses (STS de 23 de abril de 2012 –RJ 623–), siempre que, como señala el art. 15.5 ET, no se trate de contratos formativos, de relevo e interinidad o contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o de empresas de inserción. Advierte, no obstante, el apartado 3 de la Disposición Adicional 15ª del ET que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos en el sector público sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. Tampoco se aplicará a las modalidades particulares de contratos de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en cualquier otra norma con rango de ley.

Por último, puede señalarse también un supuesto específico de conversión de contrato temporal en indefinido no fijo a consecuencia de una reciente doctrina jurisprudencial que altera la naturaleza jurídica del contrato de interinidad por vacante. Nos referimos a que la falta de provisión de las vacantes en el plazo de tres años que establece el art. 70 del EBEP provocará también la conversión del contrato temporal de interinidad en indefinido no fijo⁴. Así, la STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 2013 –AS 2629– se pronuncia a favor de la transformación de un contrato temporal de interinidad por vacante en un supuesto de contratación indefinida no fija a causa de la

⁴ El art. 70 del EBEP dispone que “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

inacción del empleador público en la provisión de las plazas. En concreto, afirma este pronunciamiento que el contrato de interinidad por vacante deviene indefinido no fijo cuando se supera el plazo máximo legal de tres años para que la Administración Pública provea la cobertura de la vacante en los términos establecidos en el art. 70 del EBEP. Entiende, además, que aunque pueda plantearse que ello sólo ocurriría cuando la plaza esté dotada presupuestariamente, esta circunstancia debe darse por supuesta en la contratación de interinidad por vacante en la medida que dicha plaza dispone de fondos públicos para el abono de los gastos salariales y de Seguridad Social de ese contratado interino. Para el cómputo del plazo de tres años no ha de tomarse en consideración la fecha de la contratación del interino por vacante, sino la fecha en que se produjo dicha vacante, indicando que dicho cómputo deberá iniciarse el día primero del año natural siguiente a la producción de la vacante que es cuando puede aprobarse la correspondiente oferta de empleo público que incluya la plaza tras la aprobación de la correspondiente ley de presupuestos.

3. Semejanzas y diferencias entre el contrato de interinidad por vacante y contrato indefinido no fijo

Las indudables analogías entre el trabajador contratado interinamente por vacante y el trabajador indefinido no fijo han sido puestas de relieve en numerosas ocasiones por los órganos judiciales. Así, es elemento común a ambas figuras el dato de que la plaza ocupada por el trabajador se extingue cuando, a través del procedimiento oportuno, se cubra la vacante o se amortice la plaza. La STS de 27 de mayo de 2002 –RJ 9893– afirmó que “no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de interinos por vacante porque la justificación de unos y otros responden a la misma causa y necesidad” (en el mismo sentido, las SSTS de 20 de julio de 2007 –RJ 7600–, STS de 19 de febrero de 2009 –RJ 1594–, las cuales afirman que “la posición de aquéllos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad”).

Dicha similitud, sin embargo, no los hace totalmente equiparables pues, como señala el Tribunal Supremo “el status jurídico del trabajador indefinido no fijo de la Administración Pública se caracteriza por el hecho de que, durante la vigencia y desarrollo de la relación laboral, no puede producirse ninguna consecuencia negativa que pueda mermar sus derechos laborales, sindicales y/o de protección social con base en una pretendida e inexistente temporalidad o irregularidad de la plaza (STS de 27 de mayo de 2002 –RJ 9893–, STS de 20 de julio de 2007 –RJ 7600– y STS de 19 de febrero de 2009 –RJ 1594–). Insisten estos pronunciamientos en que las diferencias entre ambas figuras “no están en la extinción del contrato” sino en la “vigencia y desarrollo del mismo”.⁵

Por otro lado, el carácter no temporal del contrato indefinido no fijo lo posiciona en una situación diferente del contrato de interinidad por vacante en el marco de los despidos objetivos o colectivo ya que, el primero, aunque sea de manera indirecta, es un trabajador computable a todos los efectos para efectuar despidos objetivos o colectivos en aplicación de la Disposición Adicional 16ª del ET y arts. 51 y 52 c) ET, mientras que el contrato de interinidad por vacante, al ser un contrato temporal, debería quedar

⁵ En el mismo sentido, puede verse la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 –AS 1121–.

excluido de dicho cómputo *ex art.* 51.1 ET, salvo que, como señala la STS de 24 de junio de 2014 –RJ 4380–, la expiración del mismo no se produzca por la llegada del tiempo convenido que exige el art. 49.1 c) del ET.

3.1. Naturaleza jurídica y efectos del contrato de interinidad por vacante

Sobre la naturaleza y efectos del contrato de interinidad por vacante se ha producido recientemente una rectificación de doctrina por el Tribunal Supremo. La STS de 24 de junio de 2014 –RJ 4380– al analizar un supuesto de amortización de una plaza que era ocupada por un trabajador interino por vacante, plantea que la amortización implica una extinción *ante tempus*, provocando ello un daño que debe ser indemnizado. Para ello se fundamenta en la propia naturaleza jurídica del contrato de interinidad por vacante pues en él ya no se ve una condición resolutoria –fundada en el art. 1113 del Código Civil– que, tras su cumplimiento, permita la extinción sin derecho a indemnización conforme al art. 49.1.b) del ET, sino una condición a término o a plazo regulada en el art. 1125 y siguientes del Código Civil. En tal sentido, la obligación a término que incorpora el contrato de interinidad por vacante no responde a incertidumbre alguna ya que la extinción debe producirse en todo caso. Dicha extinción puede apreciarse en dos situaciones distintas: en primer lugar, cuando el plazo para su extinción sea indeterminado, es decir, cuando la cobertura de la plaza se cubra efectivamente mediante un sistema reglamentario de provisión definitiva del puesto de trabajo pero no se sepa con certeza cuándo se producirá exactamente dicha provisión aunque el plazo necesariamente tenga que llegar (*certus an et incertus quando*), y, en segundo lugar, cuando el plazo para la extinción del contrato sea determinado, es decir, cuando se sabe no sólo que la extinción se producirá necesariamente sino también cuándo llegara ésta (*certus an et certus quando*). Desempeña un papel decisivo en esta doctrina el dato de que el art. 70 del EBEP establece que las vacantes que se produzcan en la Administración Pública deben ser objeto de oferta de empleo público en el plazo máximo de tres años, dando lugar a que si la extinción se produce antes de tiempo por amortización de la plaza, nos encontraríamos ante la producción de un daño al trabajador, que ve truncadas sus expectativas de empleo, y que requiere ser indemnizado, en su caso, a través de los art. 51, 52 y 56 del ET. Si dicha vacante no se cubre de ninguna manera en el plazo máximo de tres años, el contrato de interinidad se transformará, como vimos supra, en un contrato indefinido no fijo.

3.2. Extinción del contrato indefinido no fijo y del contrato de interinidad por vacante.

Como ya se ha indicado, hasta hace relativamente poco tiempo, los tribunales de justicia entendían que la extinción contractual del indefinido no fijo y del contrato de interinidad por vacante eran equiparables pues, en ambos casos, la causa extintiva operaba directamente sobre los contratos (STS 8 de junio de 2011 –RJ 5937–, STS de 29 de enero de 2013 –RJ 1962– y STS de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–). Según esta doctrina, ello “responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo” (SSTS de 8 de junio de 2011 –RJ 5937– y de 27 de febrero de 2013 –RJ 4349–).

Las causas de extinción se reconducen, básicamente, a los siguientes supuestos: en primer lugar, a la cobertura definitiva de la plaza (STS 27 de mayo de 2002 –RJ 9893– y de 26 de junio de 2003 –RJ 4259–; se incluye en este supuesto los casos de funcionarización de la plaza como puede verse, entre otras, en las SSTSJ Castilla La

Mancha de 1 de octubre de 2003 –AS 267– y de 22 de abril de 2005 –AS 917–) y, en segundo lugar, a la amortización del puesto de trabajo (SSTS de 20 de julio de 2007 –RJ 6742– y de 19 de febrero de 2009 –RJ 1717–). En todos los supuestos mencionados, la extinción debe llevarse a cabo por el procedimiento reglamentario oportuno (advirtiendo la STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2013 –AS 3007– que la mera alegación de la amortización de los puestos de trabajo no es suficiente para la extinción de los contratos pues resulta preciso que exista un acuerdo administrativo válido y eficaz de amortización de la plaza).

La distinción ha girado, sin embargo, en torno al procedimiento y efectos de la extinción en cada tipo de contrato. Para la doctrina anterior a la STS de 24 de junio de 2014, el contrato de interinidad por vacante se extinguía por el cumplimiento de una condición resolutoria *ex* art. 49.1.b)⁶, teniendo el efecto de que el trabajador no generaba derecho alguno a indemnización⁷ (SST de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–) ni se requería para ello la articulación de un despido objetivo o colectivo. En tal sentido, la STS de 27 de mayo de 2002 –RJ 9893–, estableció que dicha extinción no genera derecho a indemnización a favor del trabajador cuando la plaza es cubierta de manera definitiva por el procedimiento reglamentario oportuno o cuando, por el mismo procedimiento, se produce la amortización de la plaza ocupada interinamente ya que “la vigencia de la relación laboral está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse” (STS de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–).

No obstante, atendiendo a la revisión de doctrina efectuada por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 24 de junio de 2014 –RJ 4380–, el contrato de interinidad por vacante ya no incorpora una condición resolutoria cuya incertidumbre permita mantener vigente *sine die* el contrato de trabajo pues, conforme a la nueva doctrina, el contrato de interinidad por vacante es un contrato a término, debiendo producirse en todo caso su extinción cuando la plaza que ocupa el trabajador interino no se cubra por el procedimiento oportuno en el plazo de tres años (art. 70 del EBEP); la falta de cobertura de dicha plaza en dicho plazo produce su transformación en indefinido no fijo y, en su caso, la Administración Pública quedará obligada a efectuar un despido objetivo o colectivo fundado en causa organizativa o económica cuando pretenda su extinción (STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 2013 –AS 2629–), generando ello el derecho del trabajador a percibir una indemnización de 20 días de salario por año con un máximo de doce mensualidades.

En definitiva, la extinción del contrato de interinidad por vacante podrá extinguirse:

-Por la cobertura definitiva de la plaza que ocupa antes de que transcurran tres años, en cuyo caso, la extinción opera directamente sobre el contrato de trabajo y el interino no tendrá derecho a indemnización. Si la cobertura de la plaza se produce con posterioridad a los tres años, el contrato de interinidad se extingue y se transforma en un indefinido no fijo.

⁶ Señala el art. 4 del RD 2720/1998 que “en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”.

⁷ Conforme al art. 49.1.c) ET cuando expire dicho tiempo el trabajador interino no tiene derecho a percibir ninguna indemnización.

-Por amortización de la plaza. Si dicha amortización tiene lugar antes del plazo de los tres años que marca el art. 70 del EBEP, se produce un daño al trabajador que debe ser indemnizado a través del procedimiento de despido objetivo o colectivo por causa organizativa (STSJ de Madrid de 14 de noviembre –AS 2015/427–, STSJ Islas Baleares de 6 de junio de 2014 –AS 1302– y STSJ Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2014 –AS 2017–). Si la amortización se produce con posterioridad a los tres años, se trataría entonces de un contrato indefinido no fijo que, en todo caso, requerirá del procedimiento establecido en la Disposición Adicional 16ª del ET para aplicar el despido objetivo o colectivo del trabajador, con derecho a indemnización (entre otras, STS de 8 de julio de 2014, rec. nº 2693/2013, STSJ de Navarra de 5 de junio de 2014 –AS 2752–, STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2013 –AS 3007–, STSJ de Islas Canarias de 23 de noviembre de 2013 –AS 1168–).